

**A DESNECESSIDADE DA APREENSÃO E PERÍCIA
DA ARMA PARA CARACTERIZAÇÃO DO ROUBO
CIRCUNSTANCIADO PELO SEU EMPREGO**

ANA PAULA ALVES CARVALHO

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

anacarvalho@mp.mg.gov.br

1. Introdução

O presente trabalho enfoca a temática do roubo circunstanciado pelo emprego de arma, previsto no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, quando não ocorre sua perícia ou apreensão.

Para tanto, será discorrido sinteticamente sobre a divergência jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a incidência da referida majorante e o seu atual posicionamento.

Nesse íterim, pelo estudo proposto, será demonstrado que o Plenário do STF orienta pela prescindibilidade da apreensão e perícia para configurar o crime de roubo majorado pelo emprego de arma, em razão da capacidade de intimidação e consequente rendição da vítima, bastando, portanto, que fique comprovado, por qualquer meio de prova, o emprego da arma de fogo.

2. Visão geral sobre o crime de roubo e o emprego de arma

O crime de roubo encontra-se descrito no art. 157 do Código Penal (CP). Trata-se de crime complexo, de modo que os bens jurídicos

protegidos pela norma penal são, além da posse, a propriedade, a integridade física e a liberdade individual.

Nesse sentido, os meios executórios do crime de roubo são o emprego de grave ameaça, o emprego de violência física e de qualquer outro meio que reduza à impossibilidade de resistência.

A ameaça ou *vis compulsiva* consiste na promessa da prática de mal grave e iminente, que pode ser praticada mediante o porte ostensivo de arma. Com efeito, não há como negar que a simulação do emprego de arma se reveste de meio idôneo para intimidar a vítima.

O emprego de violência física, ou *vis absoluta* é o emprego de força física pelo agente, de modo a impedir a defesa do ofendido. É conhecido como violência própria.

E, ainda, o meio que reduz à impossibilidade de resistência é a chamada violência imprópria, que se consubstancia em outro meio que não a violência física e a grave ameaça.

O parágrafo 2º do inciso I a V do artigo 157 do Código Penal traz as causas de aumento de pena, apesar de erroneamente chamadas de qualificadoras. O emprego de arma é apenas uma delas.

Segundo Nucci (2007, p. 709), “o tipo penal vale-se da acepção ampla do termo, ou seja, refere-se tanto às armas próprias, quanto às impróprias”.

Desse modo, a arma de fogo, no sentido próprio, é a criada para ataque e defesa, também chamada de critério bélico, enquanto a arma de fogo, em sentido impróprio, é qualquer instrumento que possa matar ou ferir, mas que não tenha finalidade bélica.

No entanto, durante anos, houve uma polêmica divergência no STF sobre a referida causa de aumento, fruto de duas visões a respeito do tema, quais sejam, as teorias objetiva e subjetiva.

3. Teorias objetiva e subjetiva quanto ao emprego de arma

Sustenta a teoria objetiva que, para que haja incidência da causa de aumento de pena, envolvendo emprego de arma, no crime de roubo, avalia-se o efetivo perigo que ela possa trazer à vítima.

Conforme leciona Fragoso:

O fundamento da agravante reside no maior perigo que o emprego de arma envolve, motivo pelo qual é indispensável que o instrumento usado pelo agente (arma própria ou imprópria) tenha idoneidade para ofender a incolumidade física. (FRAGOSO, 1981, p. 303-304).

Dessa forma, segundo os dizeres de Delmanto (*et al.*, 2007, p. 157): “[...] não se pode igualar o dolo e a culpabilidade daquele que emprega arma de brinquedo ou imprópria ao disparo como o de quem utiliza arma verdadeira, carregada e apta”. Assim sendo, para esta teoria, apenas através do laudo pericial da arma se pode cogitar da incidência da majorante.

São defensores dessa corrente: Celso Delmanto, Júlio Fabbrini Mirabete, Cezar Roberto Bitencourt, Guilherme de Souza Nucci, entre outros.

Lado outro, para a teoria subjetiva, a razão de ser da causa de aumento inculpada no inciso I do §1º do art. 157 do CP é a intimidação da vítima, ou seja, o amedrontamento nela gerado.

Assim, na esteira das lições de Hungria (1967), uma arma ineficiente, como um revólver descarregado, ou uma arma fingida, como um isqueiro feito de revólver, ignorando a vítima essas circunstâncias, dão ensejo à incidência da majorante emprego de arma.

Nesse sentido, inicialmente, inclinou-se o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no intuito de adotar a teoria subjetiva, o que se verificou com a publicação da Súmula n. 174, que assim dispunha: “No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena.” (BRASIL, 1996).

Contudo, sob intensas críticas da corrente favorável ao critério objetivo, entendeu o STJ rever seu posicionamento, e, em julgamento proferido em 08/11/2001, decidiu a Terceira Seção cancelar a citada súmula, também em respeito ao princípio da legalidade, já que arma de brinquedo não possui natureza jurídica de arma. (BRASIL, 2002).

4. Diversidade de decisões sobre o tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal e o seu atual posicionamento

Reiteradamente, consultando os julgados no STF, percebe-se que as Turmas da Corte Constitucional vêm proferindo decisões em sentidos diversos, ora adotando a teoria objetiva, ora a teoria subjetiva, ora mesclando ambas.

Enquanto a Primeira Turma tende a decidir pela desnecessidade da apreensão e perícia da arma para incidir a majorante, ou seja, teoria subjetiva, desde que por outros meios reste demonstrado o seu potencial lesivo, a Segunda Turma ainda insiste na necessidade de apreensão e perícia da arma, para aferir sua lesividade.

Assim, é possível encontrar precedentes em ambos os sentidos, como se observa nas ementas a seguir:

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ARMA NÃO APREENDIDA. CONFISSÃO JUDICIAL E DECLARAÇÕES DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. ORDEM DENE-GADA. 1. Na falta de apreensão da arma de fogo, mas compro-vado o seu emprego por outros meios idôneos de prova, não há que se desclassificar o delito para roubo simples. 2. A incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do CP se explica pelo maior potencial de intimidação e consequente rendição da vítima, provocada pelo uso de arma de fogo. Precedentes. Ordem denegada. (BRASIL, 2009a, grifo nosso).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO. CAUSA DE AU-MENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, DO CP. COM-PROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA DA ARMA DE FOGO. NECESSIDADE. A aplicação da causa de aumento de pena pre-

vista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal presume a potencialidade lesiva da arma de fogo, atestada em laudo pericial. Precedente. A intimidação e o temor provocados na vítima pelo uso da arma de fogo compõem o núcleo do tipo penal [violência ou grave ameaça], não servindo para qualificar o crime. Ordem deferida. (BRASIL, 2009b, grifo nosso).

Todavia, em razão da total falta de uniformidade de entendimentos sobre o crime de roubo majorado pelo emprego de arma, o Plenário do STF, em decisão publicada no *DJ*, de 4 de junho de 2009, no *HC* n. 96.099 relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, pacificou o tema pela desnecessidade de apreensão da arma de fogo e consequente perícia para que fosse caracterizado o crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, inciso I, do CP), quando presentes outros elementos que comprovam a utilização daquele tipo de arma.

Neste caso em concreto o paciente pretendia a exclusão da causa de aumento, uma vez que a arma de fogo não fora apreendida e, assim, não fora periciada, impossibilitando a constatação da potencialidade lesiva do artefato, o que seria imprescindível para configurar a majorante. Veja-se a ementa no Informativo 536 do STF:

Roubo: Emprego de Arma de Fogo e Causa de Aumento – 1

Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não se exige que a arma de fogo seja periciada ou apreendida, desde que, por outros meios de prova, reste demonstrado o seu potencial lesivo. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, indeferiu *babeas corpus*, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, impetrado contra decisão do STJ que entendera desnecessária a apreensão de arma de fogo e sua perícia para a caracterização da causa de aumento de pena do crime de roubo. No caso, a Defensoria Pública da União sustentava constrangimento ilegal, consistente na incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do CP – violência ou ameaça exercida com o emprego de arma de fogo –, sem que verificado o potencial lesivo do revólver. Assentou-se que, se por qualquer meio de prova – em especial pela palavra da vítima, como no caso, ou pelo depoimento de testemunha presencial – ficar comprovado o emprego

de arma de fogo, esta circunstância deverá ser levada em consideração pelo magistrado na fixação da pena. Ressaltou-se que, se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal evidência, nos termos do art. 156 do CPP, segundo o qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Aduziu-se não ser razoável exigir da vítima ou do Estado-acusador comprovar o potencial lesivo da arma, quando o seu emprego ficar evidenciado por outros meios de prova, mormente quando esta desaparece por ação do próprio acusado, como usualmente acontece após a prática de delitos dessa natureza.

Enfatizou-se, ademais, que a arma de fogo, mesmo que, eventualmente, não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves contra vítimas inermes. Ressaltou-se, também, que a hipótese não guardaria nenhuma correspondência com o roubo perpetrado com o emprego de arma de brinquedo – exemplo frequentemente invocado pelos que defendem a necessidade de perícia para caracterização da forma qualificada do delito –, em que o tipo penal fica circunscrito àquele capitulado no *caput* do art. 157 do CP, porquanto a ameaça contra a vítima restringe-se apenas ao plano psicológico, diante da impossibilidade de que lhe sobrevenha qualquer mal físico. Concluiu-se que exigir uma perícia para atestar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada no delito de roubo, ainda que cogitável no plano das especulações acadêmicas, teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com elas, de modo a que a qualificadora do art. 157, § 2º, I, do CP dificilmente poderia ser aplicada, a não ser nas raras situações em que restassem presos em flagrante, empunhando o artefato ofensivo. Vencidos os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes, que concediam a ordem, para revogar a qualificadora mencionada, ao fundamento de que ela só poderia ser aplicada nos casos em que demonstrada a lesividade potencial da arma, porque a intimidação, a violência e a grave ameaça já fazem parte do tipo penal. Afirmavam que, em caso de dúvida, como na espécie, por não se saber se a arma tinha ou não real capacidade ofensiva, a presunção não poderia correr contra o réu, seja por força do princípio do favor rei, seja em razão do princípio do ônus da prova que, em matéria penal, recai sempre sobre a acusação. A Min. Cármen Lúcia, não obstante reconhecendo ser elementar do tipo a existência de um instru-

mento que possa de alguma forma constituir a gravidade que se contém nesse tipo penal, acompanhou o relator, neste caso, por reputar comprovada a lesividade do revólver, por outros meios de prova, independentemente da perícia. HC 96099/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 19.2.2009. (HC 96099). (BRASIL, 2009c).

Posteriormente, no Informativo 605, o STF manteve a orientação quanto à desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para incidir a majorante. Veja a ementa:

Roubo: Emprego de Arma de Fogo e Causa de Aumento

É desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo para caracterizar a majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, se por outros meios for comprovado seu emprego na prática criminosa. A 2ª Turma, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da colegialidade, e para evitar decisões díspares entre as Turmas, deliberou acompanhar essa orientação, formalizada pelo Plenário no julgamento do HC 96099/RS (*DJe* de 5.6.2009) e, em consequência, indeferiu *babeas corpus* em que sustentada a necessidade de apreensão e perícia de arma de fogo para fins de verificação da sua potencialidade lesiva e consequente incidência da referida causa de aumento. Consignou-se que tal entendimento já vinha sendo adotado pela 1ª Turma e que a 2ª Turma teria, em casos análogos, sufragado tese em sentido diametralmente oposto após a prolação do citado paradigma. Os Ministros Gilmar Mendes, relator, e Celso de Mello ressaltaram sua convicção pessoal. HC 104984/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.10.2010. (HC-103046). (BRASIL, 2010).

O Supremo Tribunal Federal encontra-se ainda com entendimentos distoantes entre as Turmas, não obstante já tenha havido decisão do Pleno.

Com a devida vênia aos entendimentos em contrário, não se pode condicionar a aplicação da majorante à apreensão e perícia da arma, vez que o próprio Código de Processo Penal autoriza o suprimento da perícia, quando impossível realizá-la, pela prova testemunhal. Entender em sentido diverso seria proceder a uma interpretação *contra legem*, o que, como sabido, não é admitido.

5. Conclusão

Para a caracterização da majorante em comento, não será necessário que a arma de fogo seja apreendida e periciada, desde que, por outros meios de prova, fique demonstrado o seu emprego.

Assim, a palavra da vítima bem como o depoimento de testemunha presencial, dentre outros meios de prova, podem comprovar o efetivo emprego de arma de fogo.

Lado outro, se o acusado sustentar a ausência de potencial lesivo da arma por ele utilizada, deverá, com base no art. 156 do CP, provar o que alega.

Afinal, a regra é que a arma esteja em condições perfeitas de uso, aumentando sobremaneira o risco ao bem jurídico tutelado. Sua ineficácia é situação excepcional, devendo ser comprovada pelo réu, que é, aliás, a única pessoa capaz de indicar o seu paradeiro.

6. Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte especial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 237236/SP, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, Brasília, DF, 8 de novembro de 2001. *DJ*, 4 fev. 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199901000785&dt_publicacao=04/02/2002>. Acesso em: 21 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 174, de 23 de outubro de 1996. *DJ*, 31 out. 1996. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0174.htm>. Acesso em: 21 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 98227/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, Brasília, DF, 16 jun. 2009. DJe, 7 ago. 2009. Disponível em em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2898227%2ENUME%2E+OU+98227%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 94827/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, Brasília, DF, 2 jun. 2009. DJe, 23 out. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2894827%2ENUME%2E+OU+94827%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 96099/RS. *Informativo STF* n. 536, Brasília, DF, 16-20 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo536.htm>>. Acesso em: 18 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF* n. 605, Brasília, DF, 18-22 out. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo605.htm>>. Acesso em: 18 out. 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981 (arts. 121 a 160 do CP).

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. vol. II.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte especial* (arts. 121 a 234 do CP). 18. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.